15

POR EL ESTADO DE OLIVARES,

A EL QUE PERTENECEN LAS ALCAVALAS DE LORA, SETEFILLA, ALCOLEA, CANTILLANA, BRENES, Y VILLAVERDE:

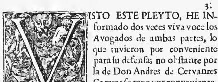
EN EL PLEYTO EXECUTIVO, QUE SE

SIGUE POR PARTE DE DON FRANCISCO DE CERVANTES CARRERA, VECINO DE LORA, COMO POSSEEDOR DE EL MAYORAZGO, QUE FUNDO DON ANDRES DE CERVANTES.

SOBRE LA COBRANZA DE LOS

CORRIDOS DE UN TRIBUTO DE OCHO MIL DUCADOS DE PRINCIPAL, A EL QUE SUPONE ESTAR OBLIGADAS DICHAS ALCAVALAS.

HISPALI: in Typographia de los RECIENTES in vico de la Pajeria. Anno Dñi. MDCCXXXXIII.

N. 1. ISTO ESTE PLEYTO, HE INformado dos veces viva voce los Avogados de ambas partes, lo que tuvieron por conveniente para su defensa; no obstante por la de Don Andres de Cervantes Carrera se tuvo por conveniente, publicar un manifiesto, en que, sin adelantar, lo que su Avogado informò en Estrados, se reduxo à repetir lo mismo. Y por que no parezca, que el Estado se escusa, à dàr respuesta, teniendo presente dicho manifiesto, lo practica, procurando ceñirse, quanto pueda; sin faltarà la claridad del Hecho, y exponer las doctrinas de Derecho, deseando seguir el consejo de Quintiliano *lib.* 5. *Instit. orat. Nec tamen omnibus semper, quæ invenerimus, argumentis onerandus est Judex, quia & tædium afferunt, & fidem detrahunt.*

2. A cuyo fin se supone lo primero por cierto: que Don Pedro de Guzman, y Doña Francisca de Rivera, su muger, fundaron Mayorazgo, el que gozaron por los dias de sus vidas, y despues de ellos havia de succeder en todos los bienes, de que se instituyò, D. Enrique de Guzman, Conde Duque de Olivares, como assi se enuncia en el pleyto.

3. Lo segundo: que, haviendo muerto D. Pedro de Guzman, la dicha Doña Francisca, vendiendo algunos de los bienes, y percibiendo algunos capitales de censos, que se le pagaban à su Mayorazgo, comprò con su producto las Alcavalas de Lora, Setefilla, y otras en precio de 79q.420ʊ500. mrs. de que se havian de bajar los juros, que sobre sì tuviessen, quedando el liquido en 64q.261ʊ021. mrs. sobre que hizo contracto con su Magestad el año passado de 573. el que, mientras que se perfeccionò, durò hasta el de 577. desde quando la Condesa Doña Francisca, y los successores en su Mayorazgo havian de gozar libremente de las Alcavalas: con la expresion, de que *Estas havian de quedar subrrogadas, y vinculadas en èl en lugar de los bienes, y rentas, que de dicho Mayorazgo la Condesa, y el Conde D. Enrique de Guzman, su hijo, y successor en su Casa, y Mayorazgo vendieron, y vendiessen, para pagarnos el precio, en que le vendimos las dichas Alcavalas, con las condiciones, y clausulas, y gravamenes, y substituciones contenidas en el dicho Mayorazgo, ni mas, ni menos, y por la orden,*

que

que los demàs bienes lo estàn, y està dispuesto y ordenado: como assi se halla expresso en el Privilegio, fol. 284. del Pleyto.

4. Lo tercero: Que, haviendo premuerto la Condesa Doña Francisca, otorgò un codicilo en 29. de Julio de 574. y por una de sus clausulas, haciendo relacion de haver quitado algunos censos, que pagaba el Mayorazgo, è impuesto otros de nuevo, para comprar las Alcavalas de las dichas Villas, prosigue diciendo: *Las quales tengo compradas para el dicho Mayorazgo, è las he incluido, y de nuevo las incluyo, è incorporo, è quiero, queden incluidas, è incorporadas en el dicho Mayorazgo, è con los bienes de èl, y con todas las clausulas, vinculos, y condiciones, y sumissiones, y restituciones, y prohibiciones de dicho Mayorazgo*: como assi consta expressamente al fol. 237. del Pleyto.

5. Lo quarto: Que el Conde Don Enrique, haviendo pedido, como successor en el Mayorazgo, se le diesse, y otorgasse Carta de venta en forma, saliò el Fiscal de su Magestad, poniendo demanda de lesion, cuyo pleyto se remitiò en discordia, y terminò por convenio hecho con el dicho Conde, como tal successor en el Mayorazgo; en que, haviendo de quedar firme el primer assiento, y compreda, que hizo la referida Condesa, para evacuar la duda del Pleyto, se havian de dar por via de crecimiento, y mas valor de dichas Alcavalas por el Conde Don Enrique otros 78.q.179ʉ500.mrs. abonandosele en cuenta los teditos del dinero, que havia tomado la Real Hacienda por el precio de el primer assiento, à razon de 14ʉ. el 1ʉ. atento à haverse entregado desde el referido año de 573. y no haver gozado las Alcavalas la dicha Condesa, ni el Conde su hijo, hasta que se perfeccionò el contracto.

Pusieronse diversas condiciones, siendo la una, fol. 289. haversele de dar facultad à dicho Conde Don Enrique, para que vendiesse, ò impusiesse censos sobre los bienes del Mayorazgo, para pagar los maravediles, que debiesse del precio: *Quedando, como han de quedar subrrogadas, y metidas en el dicho su Mayorazgo las dichas Alcavalas, en lugar de los bienes, que vendiere, ò acensuare, como ellos lo estàn: todo ello en la forma, que se acostumbran dar semejantes facultades.*

7. Otra fue, que, aprobando el Conde esta Escriptura, y haciendo dessistimiento por sì, y por los successores en su Mayorazgo del dicho pleyto, se apartaba su Magestad de èl, y le traspassaba las Alcavalas, y à los successores en su Mayorazgo.

Sien-

Siendo otra, habilitarlo para dicha transaccion, como tal possedor: con cuyas clausulas, y otras, que, por no ser del assumpto, se omiten, y siguen desde el fol.299. de los Autos, se celebrò el convenio en Elves en 24. de Diciembre de 1580. segun consta à la B. del fol.301.

8. Lo quinto se supone: Que, prosiguiendo el instrumento, se forma la quenta, computando unas, y otras partidas de abonos, y rebajas, que se hicieron al dicho Conde, resultando de todas, que lo que venia à tener, que desembolsar, para el perfecto cumplimiento del contracto, eran unicamente 50q.5 10ŋ871. mrs. segun consta al fol. 302. haciendo, como hizo el Conde, como tal posseedor, desestimiento del pleyto por sì, y por los demàs successores, en toda forma, segun consta al fol.303.

9. Lo sexto: Que, para pagar los dichos 50q.5 10ŋ871.mrs. que era el resto liquido, la obligacion, que hizo el Conde, no fue por los successores en su Mayorazgo; sino por sì solo con sus vassallos, bienes, y rentas havidos, y por haver: obligandose en toda forma por via executiva, renuncia de su fuero, y demàs, à dos plazos de seis meses cada uno, entregando la mitad en el primero, y la otra mitad en el segundo, como assi consta al fol.304.

10. Lo septimo: Que, en consequencia de todo lo capitulado, pretendiò el Conde, que respecto, de que havia cumplido con obligarse, à pagar el precio, que havia quedado debiendo: *Y que de su parte no quedaba, ni restaba, mas que hacer, ni cumplir, para que quedassen metidas, è incorporadas en el dicho Mayorazgo las Alcavalas de las dichas Villas .:.:.: para cuyo efecto la Condesa su Madre las havia comprado: se le mandasse otorgar Carta de pago en forma de ellas, en conformidad, de lo que con dicho Conde, y Condesa su Madre se havia quedado por los dichos assientos:*, como assi consta à la B. del fol.304. Y con efecto se le concediò, lo que pedia, repitiendose siempre la inclusion en el Mayorazgo, firmeza del primero contracto, que se celebrò con dicha Condesa: cuyo instrumento se otorgò en dicho Lugar de Elves en 12. de Septiembre de 1581.

11. Lo octavo: Que haviendo testado el Conde en 24. de Julio de 606. segun consta desde el fol. 323. B. dispuso entre otras cosas, que el memorial, ò memoriales, que dexasse firmados de su nombre, ò del Padre Joan de Zetina de la Compañia

de Jesus su Confessor, valiessen, y se cumpliessen en todo, y por todo, como si estuvieran insertos en su testamento, ya fuesse revocandolo, declarandolo, ò ampliandolo.

12. Y por otra clausula *fol.* 326. B. hace relacion, de haver comprado la Condesa su Madre las Alcavalas para el Mayorazgo, que las incorporò en èl por su codicilo del año de 574. y que se declararon por incorporadas en la Carta de Privilegio, y que, en caso necessario, las incorporaba el mismo Códe. Y recurriendose à los memoriales, que comienzan *desde el fol.* 350. *y siguientes:* en el primero se incluyeron tres, todos con fecha de 17. de Marzo de 604. y reduciendose uno de ellos à expressar los bienes, que por entonces pertenecian à el Mayorazgo, se halla en èl al fol. 358. la clausula del thenor siguiente.

13. *Demàs de los bienes de suso en este memorial referido, pertenecen, y son de la dicha mi Casa, y Mayorazgo las Alcavalas de la Villa de Lora, con Setefilla, Alcolea, Cantillana Brenes, y Villaverde, que comprò de su Mageslad la Condesa mi Señora en su vida, y despues yo revalidè la dicha compra, y acrecentè el precio de ellas, por nuevo assiento, que su Mageslad mandò, tomar comigo sobre esto, conforme à una clausula, que se hallarà de ello en mi testamento.*

14. Y en el tercero memorial, que, segun el fol. 361. tiene por rotulo: *De otros bienes, y censos, que tambien se vincularon, expressaron, y nombraron en la Escriptura de su Mayorazgo, y se havian vendido, y redimido en su tiempo:* Se pone à la *B.* del dicho *fol.* 361. la clausula del thenor siguiente.

15. *Item: Cinco quentos, y cien mil maravedis, en que se redimieron las dos mil arrobas de Aceyte, que sobre el diezmo de la dicha Ciudad de Sevilla tenia de Juro al quitar el dicho mi Mayorazgo. Y aunque por las Escripturas, que se hicieron à el tiempo de la redempcion, parece, que esta suma se convirtiò en parte de paga de las dichas Alcavalas, todavia quedo deudor de ella à el dicho mi Mayorazgo: ATENTO, QUE TOMè A CENSO TODOS LOS CINQUENTA QUENTOS, DE QUE SE ME DIò FACULTAD, PARA LA PAGA DE LAS DICHAS ALCAVALAS.*

16. Con estos supuestos, entra el pleyto, en que, pretendiendo Don Francisco de Cervantes en 4. de Noviembre de 738. *fol.* 101. algunos instrumentos, para dar à entender, era posseedor del Vinculo, que el año de 640. havia fundado Don Andrès de Cervantes, y dexado por una de sus fincas un tributo

to de 8y. ducados de principal, que en el año de 606. havia impuesto el Duque Don Enrique, y en virtud de su poder, Don Geronymo Abad de Beltran, en favor de Don Francisco de Cervantes, quien declarò, pertenecia al dicho D. Andrès; presentò assimismo la Escriptura de dicho censo, y pidiò execucion por 29240. ducados, correspondientes à nueve años, y dos tercios, con protesta de pedir mas en via ordinaria: Y por un otrosi, que se librasse Despacho para el embargo de las Alcavalas de Lora. Y citado de remate la Parte del Estado; aunque se opusieron diferentes excepciones de la legitimacion de persona, y otras, que, por no ser ahora del caso, se omiten; solo se insistiò en dos: La una, que las Alcavalas no eran, ni podian ser obligadas al censo, porque mucho antes de su constitucion eran vinculadas. Y la segunda, porque en haverlas obligado, como las obligò el dicho Don Geronymo, excediò del poder; por lo que se causò nulidad.

17. Vistos los autos; por el proveido por el Theniente en 7. de Abril de 740. fol. 177. repuso por contrario imperio el de execucion proveido en 5. de Noviembre de dicho año de 738. fol. 192. en quanto se librò contra las Alcavalas, y embargo de ellas, y tambien el de citacion de remate à la Condesa su posseedora, mandando, se alzasse, y quitasse, subsistiendo contra los demàs bienes: y que constando, ser posseedora de ellos la Códesa, se daria providencia. Y haviendose interpuesto apelacion por parte del dicho D. Francisco ante V. S. fue servido, de retenerlos, y que se diesse traslado sin perjuicio al dicho D. Francisco: y vistos, por auto de V. S. de 18. de Junio de 740. fol. 185. se confirmò el del Theniente proveido en dicho dia 7. de Abril, mandandose, que las partes ante V. S. usassen de su derecho.

18. Suplicò de esta providencia el dicho Don Francisco: presentaronse diferentes instrumentos, como fueron el codicilo de la dicha Doña Francisca, el titulo de las Alcavalas, y otros: y por haverse alegado, que dicho titulo de las Alcavalas era dado sin citacion, y que tenia diferentes defectos (haviendose en la intermedia ganado provision por dicho Don Francisco, para que se viera, y determinàra este pleyto con dos Salas ordinarias, y la assistencia del Sr. Regente) visto, en 20. de Febrero de 742. *fol.* 274. se mandò, que, para mejor proveer, la parte del Estado en el termino de quarenta dias, y con cita-

citacion de la otra, hiciesse cotejar el instrumento de venta de las Alcavalas con el original: y que en el mismo presentasse el testamento del Conde Don Enrique, con apercebimiento, que, passado dicho termino, y no haviendolo hecho, se passaria à la determinacion.

19. Presentòse el testamento, y codicilos de dicho Conde, y pidiò por parte del Estado, se hiciesse tambien cotejo de ellos, para lo q se librasse provisiõ à la Villa, y Corte de Madrid, donde con efecto se executò el cotejo, que fue bien dilatado, con citacion, y assistencia de la parte de dicho D. Francisco, sin que huviesse hecho por entonces la menor oposicion, hasta que despues, por haverse hecho el cotejo del titulo de las Alcavalas con un instrumento, que estaba en la Contaduria, saliò, pretendiendo, que, mediante estar el original en Elves ante un Escribano, llamado Pedro de Escovedo, se havia de ir à dicho Lugar, à hacerlo. Y haviendolo denegado el Alcalde, è interpuesto apelacion à el Real Consejo la parte de dicho D. Francisco, se confirmò el auto, y condenò en costas: y luego, que vinieron estas diligencias, se pidieron los autos por el susodicho, los que se mandaron entregar, alegando muy dilatadamente sobre lo principal; pero no oponiendo reparo alguno en punto de cotejo, porque no lo hallò.

20. Lo que consta de la Escriptura, con que se dà principio à los Autos, se reduce, à que en 13. de Septiembre de 605. Don Enrique de Guzman, Conde de Olivares, otorgò poder à Don Geronymo Abad de Beltran, el que se inserta en la Escriptura, para que tomasse à tributo 20ꝗ. ducados en una, ò mas partidas, sobre un Juro de quatro mil ducados de renta, situado sobre las rentas de los Puertos Secos de Portugal, que havia de ser expressa, y especial hypoteca, y obligacion, y generalmente lo havia de poder imponer sobre los demàs Juros, y bienes suyos libres, derechos, y acciones havidos, y por haver: obligando especialmente à la eviccion, y saneamiento diferentes bienes, de que hace expressa mencion: usando de este poder con libre, franca, y general administracion, pudiendo hacer sumisiones, poner condiciones ordinarias, y extraordinarias, y qualesquier firmezas, que quisiesse, con facultad de dar cesion en los dichos bienes, señalar salarios, y demàs, lo que daba por firme, y ratificaba, obligandose assimismo à passar por ello, baxo de las penas, y sumisiones, y demàs, que llevaba dicho.

21. En virtud de este poder el dicho Don Geronymo en 22. de Abril de 1606. tomò à censo de Don Francisco de Cervantes, vecino de Lora, 8ꝗ. ducados, y sus reditos, à razon de 16ꝗ. el millar, especialmente sobre dicho Juro, y otros quatro mas, que por menor expressò, con diferentes condiciones, y una de ellas, que lo pudiesse cobrar de los mismos bienes obligados: *Y tambien, si quisiesse, lo pudiesse haver, y cobrar de las rentas, que rentan, y rentassen las Alcavalas de dicha Villa de Lora, y su tierra, que pertenece à dicho Señor Conde por compreda, que de su Magestad hizo, crecientes, y menguantes en propriedad, y possession: y de los arrendadores, fieles, cogedores, y otras personas, à cuyo cargo fuere su paga, por fieldad, ò arrendamiento, y en otra qualquiera manera.* Y prosigue en esta clausula, y despues obliga al saneamiento expressamente muchos bienes, que aun no los comprehende el poder, con prohibicion de enagenacion, y clausula irritante, renunciando la citacion de remate, qualquiera imposicion ordinaria, ò extraordinaria, que se echàra por razon de este tributo, la que havia de pagar el Conde: que no corriesse contra dicho Don Francisco qualquier privilegio de espera, ù otro, que alcanzàra dicho Conde, y otras. Quedando con esto conclusos los autos, sobre confirmar, ò revocar el referido de vista, en que se confirmò el del Ordinario.

22. No teniendose por ociosa esta menuda expression, por lo mismo, con que se introduce Don Francisco de Cervantes en su Manifiesto; cuyas dificultades, en que consiste su defensa, serà el termino, que se seguirà por parte del Estado, para que de su respuesta, ò resolucion, quede mas evidente su justicia.

23. *Et quoniam igitur, hæc modò gesta sunt, repetam paulò altiùs, Judices, & omnia, quæ in diuturna obscuritate latuerunt, sic apperiam, ut ea cernere oculis videamini*; como dixo Ciceron, refiriendo el hecho de la defensa de Aulo Cluent. *orat.* 14.

PUNTO PRIMERO.

SOBRE QUE LAS ALCAVALAS DE LORA ERAN vinculadas antes de la constitucion del censo.

24. NO NECESSITA EL ESTADO, DE ACOMPAñarse de medios subsidiarios, para comprobar, que las Alcavalas

vala

valas eran, y son vinculadas: pues con reducirse à el Hecho, que se ha deducido del titulo de compra, junto con lo que resulta del testamento, codicilos, y memoriales del Conde Don Enrique, ay lo bastante. Pero, respecto, de que Don Francisco de Cervantes quiere poner duda en esta vinculacion, y considerar como bienes libres parte de dichas Alcavalas, como caudal proprio de dicho Conde, con independencia de vinculacion; es conveniente, hacernos cargo de los mas principales dubios, que propone.

25. Introducese al *num.* 10. con el axioma vulgar, de que todos los actos humanos toman su perfeccion del poder, y querer, de quien los exerce: y concluye en la proposicion, de que no se arguye bien, diciendo: *Pudo: luego quiso todo, lo que pudo.* Esta es una proposicion absoluta, la qual, aunque no es de lo principal del assumpto, es preciso, no confessarla, porque en la Jurisprudencia tiene falencia; aunque en la Philosophia pueda correr la distincion con el *ex vi formæ, aut ex vi materiæ.*

26. Esta falencia se halla terminante en la *Ley Aurelius* 29. *§. Titius testamento. ff. de liberat. legat.* en cuya especie, que puso el Jurisconsulto Scevola, de un hijo, cuyo Padre lo havia emancipado antes de la pubertad, quedando por su Tutor, y muriendo despues con hijos, dixo en su testamento, que fuesse su Padre libre de la Tutoria. Dudòse, si esta libertad lo escusaba, no solamente de la obligacion de dar quentas, sino tambien de entregar à los hijos, y herederos del defuncto partidas de dinero, que havia cobrado, como Tutor, convirtiendolas en sus proprios usos, ò dadolas à ganancia. Y conociendo el Consulto, que, si aquella libertad fuera dada à otra persona, no concluyera tan plena absolucion, sin que constasse por palabras expressas: resolviò, que por ser dexada à el Padre, todo se incluìa en ella, siendo la razon: porque *Præsumptio, propter naturalem affectum, facit, omnia Patri videri concessa.*

27. Conque si se arguyera, que en este caso, pudiendo el hijo librar à el Padre, se sigue, que lo librò, fuera contra la universalidad, conque se puso esta proposicion, y por consiguiente, que saltim en estos terminos, à que se puede acomodar el *ex vi materiæ*, se arguìa bien. Y si en el caso de Scevola, la afeccion à el Padre causò, que hizo todo, lo que pudo el hijo; aunque no fue con palabras expressas, igual afeccion; sino

ma-

mayor, se le pudo dar al Conde, respecto de sus hijos, y sucessores en su Mayorazgo.

28. Pero, passando mas adelante, y diciendo, que con este principio el Sr. Molina *de primogenijs. lib. 1. cap. 26.* Garcia *de expensis. cap. 22.* y los Authores, que citan los Addentes, tratando de los augmentos, que reciben los Mayorazgos por sus posseedores, llevan, que el augmento extrinseco es en tres maneras: la una, por voluntad de Fundador, que mandò, se augmentàra el Mayorazgo en cierta forma: la segunda, quando se venden algunas fincas, para mejorarlas con otras; y la ultima, quando por mera liberalidad, y donacion del posseedor se hace el augmento: se concluye, en que los dos primeros medios se aprueban, por la obligacion de augmentar, ò por la venta de las fincas, para comprar otras; pero que en el tercero, ha de constar expressamente de la voluntad de el posseedor. Concluyendose en el discurso del Man fiesto, que en el segundo, ni en el tercero medio, que son los del pleyto, no tuvieron voluntad; ni el Conde D. Enrique, ni la Condesa su Madre, de augmentar las Alcavalas al Mayorazgo, fundado por D. Pedro de Guzman, que ya era defuncto, y la referida Doña Francisca; sino solo en el caso, de que se huvieran vendido, ò acensuado fincas de dicho Mayorazgo: y que, no constando, que uno, ni otro huviessen hecho semejante venta, ò acensuacion, concediendose, quando mas, que se executò en parte, ni por este titulo, se verificò su voluntad, de incluirlas; continuando en los numeros siguientes en esta ultima alegacion, de venta de bienes, ò imposicion de censos.

29. Y antes de dar satisfaccion à este dubio, confessamos, no haver visto en el Sr. Molina, Garcia de expensis, ni en los que citan los Addentes, esta distincion, con la claridad, con que viene puesta; porque solo hablan del augmento, que se hace en alhaja de Mayorazgo, el qual se divide en intrinseco, y extrinseco; siendo el primero, el que no se adquiere por industria; sino naturalmente: y el extrinseco, que se adquiere de aquel modo, y se divide en separable, è inseparable de la alhaja, en que se hace, adquiriendose al Mayorazgo en el primero caso; y no en el segundo; sino es, que el que hizo el augmento expressamente lo aplicò. Todo lo qual quedò derogado por la ley 46. *de Toro*, ut expresè D. Molina *dict. lib. 1. cap. 26.* citado de contrario, signanter *n. 14. verf. Sed quamvis jure commun.*

Con

Conque, si lo que se toma por principio, para claridad de el discurso, no lo dicen los Authores, que para esto se trahen; precissamente serà discurso particular, mientras no se muestran estos, ù otros Authores, que lo comprueben.

30. Pero siguiendo la misma distincion, que viene puesta; aunque se tenga por Author de ella à el del Manifiesto; si lo que se trata, de probar, es, que; ni la Condesa Doña Francisca, ni el Conde su hijo, para comprar las Alcavalas, vendieron, ni impusieron censos sobre los bienes del Mayorazgo, hasta las respectivas cantidades, con que las compraron; y que por esto es visto, que no puede haver subrrogacion, ut colligitur ex D. Salgado *in Labyrinth. 2. part. cap. 10. per totum, signanter à num. 92.* aunque no se cita de contrario (reservando para despues el tercero modo de agregacion graciosa) en llegandole à justificar visiblemente, que assi la Madre, quando posseìa el Mayorazgo, percibiò principales de censos, que se pagaban à este, redimiendo con ellos, y porcion de bienes libres otros, que tenia contra sì; è impuso otros de nuevo, junto con el dicho Don Enrique su hijo, en virtud de facultad Real, para la primera paga: y que el dicho Don Enrique, en virtud de otra tal facultad, impuso otros censos, para el todo del desembolso de su crecimiento, sobre los bienes del dicho Mayorazgo; se havrà de confessar necessariamente, que usaron de las facultades, y que por consiguiente, quedaron subrrogadas en èl las dichas Alcavalas. Y respecto, de que esta prueba es de hecho, con hacerlo manifiesto, se ha cumplido.

31. Aunque se expuso lo conducente à este punto, por lo que mira à la dicha Doña Francisca, por relacion, que se hizo en el tercero supuesto; sin embargo, para mayor satisfaccion, expressa al *fol. 237.* en su codicilo lo siguiente: *Y porque despues, que el dicho Conde mi Señor falleciò, algunos de los censos, que teniamos incluidos, y vinculados en el dicho Mayorazgo, se han redimido, y con el precio de ellos, y con otros mis bienes, y con las rentas de ellos, yo he redimido, y quitado algunos de los dichos tributos, y censos, que assi estaban impuestos, y situados sobre los bienes del dicho Mayorazgo.* Y prosigue: *Y demàs de esto, yo, juntamente con el dicho Don Enrique de Guzman mi hijo mayor, è sucessor en el dicho Mayorazgo, hemos impuesto, vendido, y situado sobre los bienes del dicho Mayorazgo, con facultad Real, que para ello tuvimos, otros muchos censos, y tributos sobre los bienes, y rentas del dicho Mayorazgo, para comprar*

las Alcavalas de las Villas de Lora, è de Setefilla, y de las Villas de Alcolea, y de Cantillana, y de Villaverde, las quales tengo compradas para el dicho Mayorazgo, è las he incluido, y de nuevo las incluyo, è incorporo. Cuya clausula, ni dice mas, ni menos, de lo que se ofreciò justificar, por lo que no se puede dudar, haverse cumplido.

32. Y para que se conozca, no fundarse esta respuesta, solo en la clausula del codicilo de la Duquesa; sino que assi lo confessò tambien el Conde su hijo: llegando este en su testamento, à hacerse cargo de 279.383ꝟ472. mrs. que havian entrado en su poder, pertenecientes à su Mayorazgo, y à formar la data, y distribucion de ellos, pone por primera partida: *Trece quentos ochocientos diez, y siete mil doscientos, y cinquenta, y seis mrs. q̃ es la mitad de los veinte, y siete quentos seiscientos treinta, y quatro mil quinientos, y doce mrs. que en la primera compra, y assiento de las dichas Alcavalas de Lora, con Setefilla, Alcolea, Cantillana, Brenes, y Villaverde se me recibieron parte de pago de las dichas Alcavalas, que, sin haver gozado de ellas, las padecì de reditos del dinero, que se tomò à censo sobre mi Mayorazgo, para la primera paga de las dichas Alcavalas:* como assi està expresso al *fol.* 327. siguiendo despues, que la otra mitad no incluia, por las razones, que en dicha clausula expressa.

33. De calidad, que haviendosele baxado de los 78. quentos 179ꝟ500. mrs. que creciò al primero precio de las Alcavalas, los referidos 27. quent. 634ꝟ512. mrs. por haver gozado de todo el primero precio de ellas la Real Hacienda, sin que el Mayorazgo gozasse de las dichas Alcavalas, como assi parece à los *fol.* 298. *y* 302. de los autos, quiere en esta clausula, què este abono, que se le hizo, ceda en su utilidad, y no de el Mayorazgo; porque haviendose impuesto censos por la referida Doña Francisca, para la primera paga, padeciò sus reditos, que pagò, quedando por este medio mas esteril su Mayorazgo; dando à entender con esto, que los referidos reditos del primero precio, que pagò el Rey, abonandolos en quenta de la segunda, eran los mismos, que el referido Conde havia pagado, de los censos impuestos sobre su Mayorazgo, como se vè claro de aquellas palabras: *Que sin haver gozado de ellas, las padecì de reditos.*

34. Con cuya clausula parece, no puede haver duda, en que confessò Don Enrique, que la Condesa su Madre dexò las

 Al-

Alcavalas vinculadas por ſubrrogacion, què hizo en lugar de los principales, con que gravò el Mayorazgo; confirmandoſe con eſta confeſsion, que el contenido de la antecedente clauſula del codicilo de Doña Franciſca es cierto, y por conſiguiente, que la acenſuacion de bienes del Mayorazgo, para la primera paga de las Alcavalas, es innegable.

35. Antes de tratar ſobre las impoſiciones, que hizo el Conde de tributos, ſegun el orden, que llevamos propueſto, para el precio del ſegundo aſsiento, es conveniente, hacernos cargo de las opoſiciones, que por Don Franciſco de Cervantes ſe hacen, à lo que la Condeſa practicò, y proximamente llevamos ſentado.

36. En el *num.* 20. del Manifieſto, *paulò poſt medium*, citando el *fol.* 327. de los autos, que correſponde al teſtamento de D. Enrique, aſſegura, que, lo que eſte declarò, fue, *Que, lo que ſe acenſuò no cubria el deſembolſo de ſu Madre, pues llegò à 27. quentos ſolamente, y que aſsi ſe expreſſa en el citado folio.*

37. Eſte modo de alegar no ſe comprehende; porque en el miſmo folio, que ſe cita, ſe halla, que no es aſsi, lo que ſe dice; ſino como paulò ante llevamos expueſto. Y para que eſto ſe conozca, no es meneſter mas, que el que ſe lea bien la clauſula, en la qual, lo que dice el Conde es, que los cenſos, que ſe redimieron en ſu tiempo, de los que eſtaban impueſtos à favor de ſu Mayorazgo, imporraron 279. 383ʉ472. mrs. y ſi eſtos los percibiò el Conde, no ſe alcanza para la inſtancia, que ſe hace, porque regla ſe los quiera aplicar à ſu Madre, y que eſta los percibiò, para comprar las Alcavalas, quando ſe vè, que el Conde, como que eran de ſu cargo, proſigue, poniendo datas, que cubrieſſen dicha cantidad, para ſalir de aquella obligacion.

38. Y ſe comprueba, con que mal podria la Condeſa, haverſe aprovechado ſolamente de los 27. quentos, quando conſta, que las Alcavalas, que comprò, imporraron, baxados los Juros, 64q.261ʉ024. mrs. y q̃ haviendoſe abonado de los reditos de todos ellos los dichos 279.634ʉ512. mrs. eſtos quiſo el Conde cedieran en ſu utilidad, por haverlos padecido de los cenſos, que ſe impuſieron ſobre ſu Mayorazgo, para pagar dichos 64. quentos de la primera compreda.

39. Otro argumento ſe forma al *num.* 22. *final*, fundado, en que la ſubrrogacion conſiſtiò en los 279.383ʉ472. mrs. para

ra lo que junta el ſegundo memorial *fol.* 358. de las fincas, que vendiò la Condeſa; y el tercero memorial de las fincas, que vendiò el Conde ſu hijo, haciendo relacion, de que al *fol.* 362. concluye, en que todas las redempciones montan los dichos 27q.383ʒ472. mrs. queriendo, ya con eſte argumento, que aſsi forma, que la ſubrrogacion de los dichos 27. quentos ſea parte hecha por la Condeſa, parte por el Conde ſu hijo.

40. Y la equivocacion conſiſte, en juntar partidas vendidas por la Condeſa, con las del Conde, y haciendo de todo una quenta, querer ſacar los dichos 27. quentos, que ſean la unica partida de ſubrrogacion hecha por ambos, quando en el argumento antecedente, ſe los concedia ſolo à la Condeſa, que huvieſſe enagenado eſtos 27. quentos; y quando regiſtrado el *fol.* 362. que ſe cita, ſe halla, que los 27. quentos fueron, de lo que percibiò el Conde ſolamente, y al *fol.* 326. en una clauſula de ſu teſtamento, dà diſtribuido en otros efectos; con que no ſe ſabe, de donde ſaliò, lo que ſe alega. Fuera de que, ſi ſe ha confeſſado, que los 27. quentos fueron, los que cobrò la Condeſa, como ahora, para componer, que ſean eſtos de ambos, ſe alega fueron ſolos cinco quentos, ſin que ſe pueda comprehender, lo que D. Franciſco de Cervantes quiera decir con eſto: por que à la verdad, padece graviſsimas confuſiones, y las tiene mayores la inteligencia.

41. Menos dificultad tiene el ſegundo termino, que ſe reduce, à probar las impoſiciones, que hizo el Conde; pues ya eſtà ſentado al *num.* 15. de eſte Manifieſto, que de reſulta de la tranſaccion, quedando en obligacion, de deſembolzar 50. quentos el dicho Conde, eſtos en virtud de la facultad Real los tomò à cenſo ſobre los bienes del Mayorazgo: y ſi eſte quedò gravado, no puede negarſe, que la ſubrrogacion es corriente, y que de ſu caudal proprio nada ſatisfizo dicho Conde; para que ſe pudieſſe verificar agregacion, con el rigor, que ſe propone por dicho Don Franciſco: y por conſiguiente, que aſsi la Condeſa, como ſu hijo, para la compra de las Alcavalas, neceſsitaron de los bienes de el Mayorazgo.

42. Sentado ya, lo que ſe ofreciò probar, ſe paſſa, à hacer cargo, de lo que ſe proſigue, impugnando por dicho D. Franciſco, quien al *num.* 18. en que inſerta parte de la clauſula *fol.* 330. en donde, haciendo relacion el Conde de la facultad, que tenia, para vender, quiere, que no ſe uſe de ella; ſino ſe rompa-

pa-

pa, conociendo, que en la misma clausula confiessa, haver impuesto sobre el Mayorazgo los 50. quentos; se dice, que, aunque se den estos por impuestos sin reparo, haviendo sido el concierto en 78q.171ʋ500. mrs. sobra cabimento en la demasia para su censo, que importa tres quentos.

43. Ciertamente, que no se alcanza, como entender à D. Francisco de Cervantes; por que unas veces hace al Conde acreedor de los 50. quentos, como que los desembolsò de su caudal; ahora duda, que se impusieran en virtud de la facultad, y despues, parece, que no lo impugna; porque en el excesso hasta los 78. quentos, assegura, tiene bastante, para hacerse pago; siendo assi, que, para que los 50. quentos se huviessen impuesto en virtud de la facultad Real, ay la clausula expressa del memorial, puesta à la letra al referido *num.* 15. de este Manifiesto; y para el excesso hasta los 78. quentos, no se le contempla caudal.

44. Esto se prueba del hecho de los autos; porque, si à mas, de lo que entregò la Condesa, para componer el pleyto de lesion, se augmentaron 78q.171ʋ500. mrs. en tanto quedaron reducidos à solos los 50. quentos, en quanto el excesso se le pagò al Conde con la equivalencia, de lo que havia percebido su Mageftad, y reditos, que pagò, por no haverse gozado las Alcavalas desde el año de 573. hasta que tuvo su perfeccion el contracto. Conque si el Conde cobrò este excesso, por via de compensacion, y por lo mismo no quedò obligado à mas desembolso, que el de los 50. quentos; haviendo impuesto estos sobre el Mayorazgo, no puede negarse, que la subrrogacion fue en el todo, y por este titulo, estar todas las Alcavalas vinculadas.

45. Y para que no se extrañe la falta de respuesta, à lo que se dice en dicha clausula, sobre que se usò de la facultad en una pequeña parte: es preciso, se observe, esta contuvo la alternativa, para vender, ò acensuar, y como ya tenia hecho lo segundo, segun la referida clausula, puesta à la letra en el dicho *num.* 15. de este Manifiesto; haciendose ahora cargo solo del termino vender, por lo mismo expressò el Conde, haver usado en poca cantidad de esta facultad, siendo el motivo de mandar, no se usasse mas de ella, y que se rompiesse, porque ya estaba cumplida con la imposicion de los dichos 50. quentos, lo que se deduce de la misma clausula, que por D. Francisco se inser-

ta al referido *num.* 18. de su Manifiesto. Y se prueba el uso en poca cantidad de dicha facultad, por lo que toca à enagenacion, con lo que consta de la referida clausula *num.* 15. practicò en el juro de aceyte. De calidad, que haviendolo redimido para la compra de las Alcavalas, se hace cargo de su producto, y confiessa deudor de èl à su Mayorazgo, porque, à mas de essa poca cantidad, que enagenò, acensuò todos los 50. quentos en virtud de la facultad, q.e para uno, ù otro se le diò.

46. Y es estraño, quiera D. Francisco de Cervantes, que estos 50. quentos, que importò dicha redempcion, y en que consistiò el excesso de la facultad, sea la partida unica, que aya havido de subrrogacion del Conde; quando no està tan lexos de la verdadera inteligencia, que en el mismo *num.* 22. de su Manifiesto confiessa, que los 27. quentos, en que ha querido, consista toda la subrrogacion, y se deducen del *fol.* 362. pueden referirse à los 27. quentos, que al *fol.* 326. por una clausula de su testamento dixo dicho Conde, haver entrado en su poder pertenecientes à su Mayorazgo, y que constaban de uno de los memoriales (como lo es dicho fol. 362.) de los bienes enagenados en su tiempo, cuyas cantidades distribuidas en la referida clausula, en otros efectos, por lo que no pudieron servir, para la compra de las Alcavalas, para las que sirviò la imposicion de los 50. quentos ya referida. Con lo que se concluye al medio de la subrrogacion, para passar al de la agregacion.

47. En el tercero de los medios, en que Don Francisco de Cervantes ha dividido su defensa, expone, que haviendo el posseedor suplido de su proprio caudal, para que esta impensa se agregue al Mayorazgo, es precisso, haya voluntad expressa de agregar: porque, faltando esta, se quedan bienes libres, de el que impendiò. Y suponiendo, que este medio no tiene lugar, con lo que dispone la *Ley 46. de Toro* con los Repetentes, que son muchos, que por notorios se omiten, y que solo pudiera proceder en los terminos del Derecho civil, ut suprà diecebamus cum D.Molina *lib.* 1. *c.* 26. *à dict. n.* 14. *vers. Sed quamvis jure communi.* citado por D. Francisco; aunque no con esta distincion: en tanto grado, que, aunque se hagan mejoras necessarias, sine quibus res peritura, aut deterior futura, en cantidad muy considerable; ni aun retencion le compete, al que las hace, como

E no

no sea, levantando de cimientos las fincas del Mayorazgo, ut plena manu, tocando, quanto ay, que tocar en la materia, y explicando dicha ley *46. de Toro*, escribiò el Sr. Castillo *5. controv. cap. 65. per totum*: quando no huviera tal ley de Toro; sino que estuviessemos en los puros terminos del Derecho civil, y este tercero medio de su distincion estuviesse assegurado en la disposicion de Derecho; sin embargo, no debia proceder, para que las Alcavalas no se entendiessen vinculadas.

48. Solo pretende D. Francisco hacer constar, que assi la Condesa, como su hijo, no tuvieron voluntad de agregar; antes si, que la que tuvieron, fue unicamente, de subrrogar las Alcavalas, en caso, que, vendiendo bienes de el Mayorazgo, se comprassen con su producto; y que por esto fue una voluntad condicional de forma, que si compraron las Alcavalas con su proprio caudal, entonces correria la obligacion, quando expressamente constasse de la voluntad, de agregarlas al Mayorazgo. Siendo esto, lo que se percibe de su Manifiesto.

49 Para que este discurso tuviesse lugar, hace falta, que en el pleyto conste, haverse comprado las Alcavalas por la Condesa, y su hijo, con su caudal proprio, independente del Mayorazgo; porque, si esto falta, la voluntad se quedarà en abstracto, ò sin exercicio. Y como quiera que en el antecedente medio, tan abundantemente quede justificado, y comprobado, que las compras, que hicieron, fueron con caudal del Mayorazgo, imponiendo censos sobre sus fincas, sin poner dinero de su caudal, se tiene por ocioso, hacerse cargo de sola la question de voluntad; porque falta la potestad.

50. Sed ex abundanti, se prueba esta voluntad en ambos; pues, si se atiende à la Condesa, esta en su codicilo manifiesta su animo, de agregar, è incorporar en el Mayorazgo las Alcavalas, como està dicho: con que, si hizo la compra sin caudal del Mayorazgo, y solo se desea la voluntad, constando de ella, como no puede dudarse, està convencido el assumpto.

51. El mejor texto, que se puede traher, para comprobacion de este discurso, es el Manifiesto contrario, donde al *num. 14.* expressamente confiessa D. Francisco, *Que, lo que se adelantò con el codicilo de Doña Francisca, fue, que constaba, haver agregado al Mayorazgo las Alcavalas: y al num. 19.* vuelve à repetir, *Que en quanto à que la Condesa comprò las Alcavalas, y que las agregò al Mayorazgo, no havia duda.* Y si D. Francisco no la tiene en dichos

nu-

numeros, para què se detiene al citado *num.* 10. en dudar de la voluntad, que tuvo dicha Condesa para la agregacion graciosa: aun quando en la hypothesi, en que se camina, comprandolas con su proprio caudal, no las huviesse comprado expressamente para el Mayorazgo, requisito, que ni se contuvo en el tercero medio de la distincion propuesta por D. Francisco, ni, aun en los terminos del Derecho civil, antes de la dicha ley 46. *de Toro*, era necessario, bastando, que aya voluntad expressa de agregar, junto con poderlo hacer; todo lo qual se verificò en la Condesa, como llevamos dicho.

52. Por lo que mira à el Conde, sin embargo, de que ay tantos actos de voluntad, de agregar, basta por todos el de el memorial primero ya sentado *al num.* 13. de este Manifiesto, en que enumerando el Conde el año passado de 604. dos antes de la imposicion de el censo de D. Francisco, las fincas, que entonces pertenecian, y eran de su Mayorazgo, pone por una de ellas las Alcavalas, y siendo este memorial antes de la imposicion del censo, no puede dudar D. Francisco, que, quando llegò su imposicion, ya las Alcavalas eran, y pertencian al Mayorazgo; y esto por agregacion, quando era cierto, que dicho Conde hizo el crecimiento de su caudal, que es el medio, que ahora se sigue.

53. Replica D. Francisco, que, aunque el memorial, por ser del año de 604. sea anterior, debe referirse à el testamento, que es posterior à la imposicion del censo. Sutil es la replica, aunque no se prueba en Derecho; pero, quando se probàra, si, lo que se necessita, es, que antes de la imposicion huviesse explicado el Conde la voluntad, que tuvo al tiempo de hacer el crecimiento, que fue el año de 581. en que se despachò el titulo, ya consta, que el de 604. dice, que son de su Mayorazgo, lo que supone, ò que le fue precisso hacer la incorporacion, por que vendiò bienes, ò que, si faltò esto, antes de dicho año de 604. las agregò graciosamente; pues en dicho memorial no las incorpora; sino las supone antes incorporadas, y por esto las quenta entre los bienes de su Mayorazgo, que por de èl existian entonces, como va dicho.

54. Es tan sobrada la justicia del Estado, que aun por otro modo, se ha de comprobar, para convencer mas à D. Francisco, poniendonos en terminos, de que el Conde comprò las Alcavalas absolutamente con su dinero, y no con bienes del

Mayorazgo, y nunca tuvo voluntad, de agregarlas; y sin embargo, se deben tener por vinculadas, desde el año 573. que comenzò el contracto con la Condesa, è hizo el primer assiento; respecto, de que la transaccion la hizo el dicho D. Enrique, como tal posseedor del Mayorazgo, y por esto, no quedarle recurso, à repetir, lo que impendiò.

55. A este fin, y para que tenga lugar la question, es preciso, considerar al Conde en los terminos, de que la transaccion la hizo, sin tener facultad Real, desembolsando de su proprio caudal el dinero, no con animo de agregar las Alcavalas al Mayorazgo, sino de repetir contra este, ò contra los successores, la misma cantidad, que desembolsò, y conservar su accion libre en ellas.

56. Esta question, parece, haverla movido primeramente el Sr. Gregorio Lopez *lib.* 10. *tit.* 26. *part.* 4. *verb. Vendiendo. colum.* 5. y segun su contexto tiene por razonable, que al posseedor del Mayorazgo se le conceda la repeticion del dinero, que desembolsò, contra los herederos de aquel, à cuyo beneficio se impendiò, ò successores en el Mayorazgo; pero absolutamente, no fixò opinion; *sed reliquit cogitandum.*

57. Entrò despues el Sr. Molina *de primogenius lib.* 4. *cap.* 9. y haciendose cargo de ella al *num.* 25. impugna la opinion del Sr. Gregorio Lopez, fundado, en que pudo el posseedor, con lo que gozò de los frutos del Mayorazgo, tener, para hacer la impensa, y que le sobrasse; ò que acaso se moviesse, por voluntad propria, à entregar, lo que quizà no era muy justo: ò que pudiesse haver negociado con menos cantidad; siendo por esto injusto, gravar à el successor, y que este repitiesse de los demàs, y assi se procediesse in infinitum. Pero luego propone, que si la transaccion fue necessaria, y muy util à la conservacion del Mayorazgo, siendole preciso à el posseedor, tomar el dinero prestado, ò protestò la repeticion, *Forsam possent ejus hæredes illam ab ipsis bonis Majoratus, vel ex fructibus eorum, si modica sit, exigere.* Cuya opinion, que està reducida à equidad, siguieron despues Graciano *discept.* 476. *num.* 15. Mierez *de Mayorat.* 4. *part. quæst.* 22. *ex num.* 61. y otros.

58. El Señor Castillo *lib.* 8. *Controv. cap.* 36. *§.* 2. *num.* 75. confuso con estas opiniones; aunque al principio no admitiò la distincion del Señor Molina, despues se inclina, à llevarla en algun caso, y ultimamente *Laborans eadem hæsitatione D. Gregorij Lopez, cogitandum reliquit.*

59. Ul-

59. Ultimamente, como mas moderno, que todos Valeron *de transact. tit. 4. quæst. 2. à num. 32.* moviendo esta question, lleva la opinion negativa, ibi: *num. 33. Ego quidem dicendum, existimarem, quòd licèt strictò jure hæredes possessoris in eam rem mayoratui utilem impendentis, actionem habeant negotiorum gestorum adversùs novum successorem, cujus negotium gestum est; nè aliàs commodum ille sentiat ex aliena jactura, cùm & expensas magnas litis refundere, ille debeat antecessoris hæredibus ..... tamen, cùm, hoc admisso, eveniret, ut eadem ratione, nedum primus successor, sed & ulteriores gradatim, tenerentur ..... & sic in infinitum agerent, & onus perpetuum omnibus maneret, ut idem Molina advertit; hujus infinitatis vitandæ causa, crederem, non debere Judices, facilè huic petitioni locum facere.* Citando algunos textos en favor de esta su opinion.

60. Y juntandolas todas, no ay Author, que segun Derecho, le dè repeticion: porque el Señor Gregorio Lopez lo tiene por razonable: Lo mismo el Señor Molina, quando la utilidad del Mayorazgo sea mucha, y la cantidad impendida corta: El Señor Castillo, quando sea casi evidente la injusticia del possedor del Mayorazgo: y los mas en lo infinito de la repeticion, que se debe evitar; y que en tanto pudo valer la transaccion, en quanto la alhaja se queda en el Mayorazgo, pues de lo contrario fuera nula.

61. Conque, si puesto el Conde en los terminos de impensa grande, y de demasiada utilidad à el Mayorazgo, no solo con animo, ù protesta de no repetir; pero aun protestando la repeticion, no la tiene, precisamente; aun prescindiendo de lo favorable, que es à los Mayorazgos la disposicion de la 46. *de Toro*, no le quedò recurso contra este; aun quando para la impensa huviesse necessitado, de buscar prestado el dinero, teniendose por acto voluntario el desembolso, que hiciesse. Y si en este caudal funda D. Francisco de Cervantes el cabimento de su tributo, podrà experimentar su recurso, no contra el todo de las Alcavalas, ni parte ninguna de ellas; sino contra bienes libres de dicho Conde, con la accion, que le compitiere.

62. Pero, saliendo de la suposicion, en que hasta ahora se ha procedido, tiene menos accion, aun con la facultad Real, que obtuvo dicho Conde: porque si esta fue, no solo, para que pudiesse transigir; sino para que, de haver desembolso, que ha-

 cer,

cer, lo pudiesse executar, vendiendo, ò acensuando los bienes del Mayorazgo, siempre, que la facultad fue restricta à esto, con la mira, de que las Alcavalas siempre fuessen libremente del Mayorazgo: si, no apreciandola, huviera querido impender de su caudal, para hacerse acreedor, se debe decir lo mismo, que proximamente llevamos fundado, por lo voluntario de la accion. Y si de hecho se conformò con la facultad, usando de ella, y no supliendo de su proprio caudal; sino imponiendo los 50. quentos sobre los bienes del Mayorazgo, hizo el desembolso, ut probatum manet, està negado el suplemento; y si con caudal del Mayorazgo se pagaron las Alcavalas, y nuevo augmento, que huvo en virtud de la transaccion, nadie podrà negar, sean suyas, por ser una verdadera subrrogacion, segun la distincion, è inteligencia propuesta por Don Francisco de Cervantes.

63. Y aunque en el *num. 9.* propone por argumento convincente, para que el Estado tenga por libres las Alcavalas, la multiplicidad de articulos, que dice, se han movido en el pleyto: à mas, de que no ay tales articulos; sino una oposicion à la execucion, fundada en diversos medios, uno, que miraba à la legitimacion de la accion; otro, à la obligacion del Estado: y los dos, à que ha quedado reducida: deberà hacerse cargo de los muchos medios de defensa, de que ha usado, como lo manifiesta su instancia: siendo lo mas reparable, aya dudado de lo legitimo del titulo, y demàs instrumentos, ponderando la falta de citacion, de donde dimanò, se mandasse hacer la comprobacion.

64. Y aunque el cotejo se hizo tan dilatado, y prolixo, y D. Francisco de Cervantes tan empeñado, que le costò, le condenassen en las costas, tan nada sacò, que confiessa al *num. 16. Haverse adelantado nada de nuevo, y que se hallò en lo substancial correspondiente*: Porque le huviera sido mejor, no haver instado en esto, y no se le adequàran las palabras del Consulto Ulp. *in Leg. 1. ff. de inofficios. test.* ibi: *Meliùs facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cùm obtinendi spem non habeant.*

PUN-

PUNTO SEGUNDO.

SOBRE QUE LA OBLIGACION, QUE DE LAS Alcavalas se hizo por el Apoderado, fue nula, por haver excedido la facultad.

65. MENOS NOS DEBEMOS DETENER EN este segundo medio, en el qual por Don Francisco se entra sentando, que *Toda la resistencia del Estado se ha reducido, à que las Alcavalas de Lora no estàn obligadas al censo, ni que, aunque lo estuviessen, seria util la obligacion, porque al tiempo de ella, eran ya bienes del Mayorazgo.* Siendo assi, que lo que se ha dicho, es, que en tanto no se obligaron, ni pudieron obligar, en quanto eran vinculadas, y no bienes libres, y que en haverlas obligado, como las obligò el Don Gerony-mo Abad de Beltran, como Apoderado del Conde, obrò con total falta de conocimiento, y notoria nulidad, por haverse excedido del poder, que se le confiriò.

66. Para prueba de esto, es precisso, recurrir à el poder, en el qual se observa, que, expressando el Conde diferentes bienes, para que se fincasse el censo, como lo hizo con el de los quatro mil ducados sobre los puertos secos de Portugal, y explicando, haverlo incluido en el Montefideicommisso, que havia fundado, reservandose la facultad, de poderlo sacar, quando quisiera; y distinguiendo assimismo los otros bienes, que havian de servir de hypothecas, y para la eviccion, y saneamiento, no hizo la menor mencion de las Alcavalas; expressando solamente, que la obligacion se hiciesse generalmente en todos sus bienes, y Juros libres, derechos, y acciones, como llevamos sentado en el Hecho al *num.* 10. y solo se halla, que el Apoderado, quando dà cession à el Acreedor, para que cobre de las fincas expressamente obligadas, continùa la misma, para que tambien pueda hacerlo *De la renta, que rentan, y rentassen las Alcavalas*, como tambien està dicho al *num.* 21. lo que no puede ser, sino es teniendolas totalmente por libres de vinculacion, como de hecho assi las tuvo: porque dando la razon, solo expressa, pertenecerle al Conde, *Por haverlas comprado de su Magestad.*

67. Conque, si huviera llegado, à entender con certeza,

que la compra, que se havia hecho à su Mageſtad, havia ſido, no para el Conde, ſino para ſubrrogarlas en el Mayorazgo, ſegun lo havia hecho ſu Madre, tranſigiendo el pleyto de leſion, è imponiendo los 50. quentos del augmento ſobre las fincas del Mayorazgo, no las huviera obligado, en lo que conſiſtiò la falta de conocimiento. Y ſi, no obſtante, lo huviera hecho, era en sì ninguna la obligacion, y por conſiguiente, havia excedido notoriamente los fines del poder, contraviniendo, à lo que expreſſamente ſe le concediò, que fue la facultad de obligar los bienes libres.

68. Principios generales ſon, que, para que ſe cauſe nulilidad por qualquiera Apoderado, baſta, que exceda, aun en lo mas minimo los fines del mandato: *Nam qui exceſſit, aliud quid facere, videtur*, dixo la *Ley Diligenter. ff. Mandati. L. Si itaque mandatum. ff. de jure jurando. L. Sed, etſi ante ff. ad Trebellian.* Las quales, y otras muchas, por ſer comunes en los Authores, ſe omite ſu expreſsion: pues ſe hallaràn en el Sr. Salgado *de Reg. prot. 4. part. cap. 3. à num. 36. cum ſequentibus, & à num. 72.* hablando de Juezes executores, y deſpues lo dixo en el tratado de *Labyrinth. 2. p cap. 4 à num. 10. uſque ad num. 24.* à que ſe añade Mantica *de conjecturis*, y otros.

69. Exornaſe eſta regla en caſos particulares: pues ſiendo aſsi, que es axioma fundado en la *L. Non debet. 22. D. de reg. jur.* en que *Non debet, cui, quod plus eſt, licet, quod minus eſt, non licere*, ſe halla contrario à la *L. Si pupillorum. 7. §. Si Prætor. ff. de reb. eorum*, la que ſe exornò à la viſta del pleyto, en cuya eſpecie, concedida facultad à unos Tutores por el Juez, para que pudieſſen vender una alhaja de los menores, eſtos Tutores la obligaron, vel è contra. Dudòſe, ſi eſta obligacion, ò pignoracion era vàlida, mediante, que en la facultad, para vender, por ſer para mas, parecia eſtar concedida para la pignoracion, que es menos.

70. Fue de contrario parecer el Conſulto Ulpiano, y concluye: *Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quàm quod à Prætore decretum eſt, nihil egiſſe.* No por otra razon, ſino por la de que el mandatario debe ir tan ceñido al mandato, que, aunque tenga facultad, para hacer, lo que es mas, le es prohibido, el executar lo menos: y tambien, porque, para concederle el Pretor la facultad, para vender, tomò conocimiento de cauſa; y aſsi, como pudo conceder facultad, para vender, y pignorar, ſolo la reduxo à lo uno; y no à lo otro.

71. Eſto

71. Esto se comprueba con la *L. Item apud Labeonem 15. §. Ait Prætor. ff. de injur.* ibi: *Ea enim, quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta.* Y el *cap. Ad audientiam de decimis.* ibi: *Nam, si intelligeremus de novalibus, ubi ponimus de laboribus, de novalibus poneremus*: plura apud D. Joannem Baptist. Valenz. Velazq. *consf. 97. num. 143. con otros.*

72. Esfuerzase mas, conque, si segun el comun de los Authores, que recopilò Ayllon, addicionando à Gomez *lib. 2. var. cap. 2. num. 20.* y es expresso en la Ley de Partida 50. *tit. 5. part. 5.* vendida una alhaja à uno primero, y perfeccionado su contracto, percebido el precio; despues se le vendiere à otro, y se le entregàre, deberà este ser preferido al primero: es tan estrecho el mandato, que teniendo el mandatario licencia, para vender una alhaja, si se la vendiere à dos; aunque al segundo se la entregue, es el primero preferido.

73. De esto dà la razon D. Salgado *2. part. Labyrint. cap. 4. signanter num. 36. Quoniam per primam alienationem consumpta fuit facultas, & licentia expiravit; & ideò secunda alienatio non tenet; cùm facultas una vice perficiat cursum suum, & per eam extinguatur, & consumatur.* Citando al P. Thomàs Sanchez *de Matrim. tom. 3. lib. 8. disp. 1. num. 17.* y à otros.

74. Aun lo que es mas, suele dudarse, si el mandatario, que executò fuera del mandato; pero à mayor beneficio del mandante, se dirà, que obra mal, porque excede? Siendo la razon de dudar, que haciendo beneficio, hizo mejor la condicion del mandante. Y sin embargo, son muchos los textos, que deciden contra la validacion de lo actuado, siendo especial el de la *L. 3. §. In bello. ff. de re Milit.* ibi: *In bello, qui rem à Duce prohibitam fecit, aut mandata non servavit, capite punitur, etiam si bene gesserit.* Cuyo texto exorna doctamente Avilès, *in cap. 1. Prætorum. verb.* Mandando, *num. 8.* y siguiendolo, lleva lo mismo Azevedo *super L. 1. tit. 6. lib. 3. Recopil. num. 7.* citando à otros.

75. Con estas doctrinas, y otras muchas, que consultò omittimus, se viene en conocimiento, de haver excedido del poder Don Geronymo Abad de Beltran, en haver puesto la clausula irritante de no enagenar, renunciando la citacion de remate en persona, y otras; que vàn expressadas en el Hecho, por lo que respecta al contenido de la escriptura *num.*

21. no estando ninguna de ellas en el poder, que se le diò, haviendo por esto obrado con nulidad. Porque, aunque el poder fuesse general, para que hiciesse, y pusiesse todas las clausulas, que quisiesse, *con libre, franca, y general administracion*, es de observar el contenido del poder, segun consta al *fol.* 11. de los autos, en que pone esta clausula, con referencia, à lo que havia expressado. Y quienes explican, como se entiende la clausula *cum plena, & libera administratione*, son Barbos. *de Clausul. clausul.* 35. *per totam.* Farinac. *decis.* 295. *num.* 3. D. Valenz. Velazquez *cons.* 3. Gutierrez *de Juram. confirmat.* 1. *part. cap.* 50. *per totum.* signanter *num.* 14. y otros, que todos reducen esta generalidad à los terminos solamente de lo contenido expressamente en el poder; conque mal pudo extenderse, à que pudiesse el dicho Don Geronymo Abad de Beltran, obligar las Alcavalas, de que ninguna mencion hizo el Conde en el poder.

76. Fuera de que, quando esto no fuera suficiente, la mayor prueba de el excesso se toma del dicho Don Francisco, quien expressamente confiessa en su Manifiesto, *num.* 14. *y* 19. ser vinculadas las Alcavalas en los 79. quentos, en que las ajustò, y comprò la Condesa Doña Francisca; por lo que se extraña con justo motivo, se pretenda salvar, que haviendo Don Geronymo hypothecadolas todas, y assegurado, que pertenecian al Conde, por compreda, que havia hecho, esta hypotheca deba subsistir, y quiera defenderse, que no excediò los fines del mandato, quando al menos en esta cantidad, que se confiessa vinculada, excediò notoriamente la facultad, que fue solo, para obligar bienes libres del Conde Don Enrique; esto à mas, de que, aun el crecimiento, que hizo el Conde, fue tambien vinculado, segun và expuesto.

77. Conque, si por este medio es notorio el excesso, que cometiò el Apoderado, en vincular las dichas Alcavalas, no puede, con razon, negarse, que la obligacion, que de ellas hizo, fue nula; sin que sea necessario recurrir à la diferencia, que quiere constituirse entre la subrrogacion, y agregacion; ni que fuessen, ò no compradas las Alcavalas con animo de incluirlas en el Mayorazgo, quando, por haverse incorporado en èl, quedaron vinculadas, y lo estaban ya al tiempo de darse el poder al dicho Don Geronymo; por lo que no

 ha-

haviendose de obligar à si, paga mas; que los bienes libres de dicho Conde Don Enrique, ninguna mencion hizo de ellas, en lo que consiste el excesso.

78. Por lo qual, se tiene por ociosa la respuesta al punto, de si por haverse dado cession, para que se cobrasse el censo *de las rentas, que rentan, y rentassen las Alcavalas*, se entienda estar hypothecadas en la propriedad, sobre cuyo punto se detiene Don Francisco de Cervantes, parandose en las voces *de fundo*, vel *ex fundo*, citando à Valasco *de Emphiteusi, part. 1. quæst. 32. num. 22.* y ciertamente, que mirado con reflexion, no viene hablando en los mismos terminos; pues desde el *num. 17.* instituye la diferencia, que ay, para que se constituya hypotheca, quando se dice *de fundo*, ò *super fundo*, en cuyo caso segundo no ay duda; pero en el primero sigue, que, si juntamente se hiciere cession en los frutos, se constituye la hypotheca; lo que no es del caso presente, en que las Alcavalas de ningun modo se obligaron; y si solas sus rentas, de las quales se havia de poder cobrar el tributo; sin que tampoco sobre ellas se huviesse constituido el censo, cuyo caso es muy diverso.

79. Y aunque Avendaño *de Censibus. cap. 24. num. 7.* tambien citado, toque la question en los terminos del pleyto, esto es *de fructibus fundi*, tambien es cierto, que, si Don Francisco de Cervantes quiere valerse, de que este Author lleve, que quando concurren indicios, juntamente con la obligacion concebida en los referidos terminos, se hace hypoteca del fundo, de cuyos frutos se havia de cobrar; esto mas le perjudica: porque, siendo, como son, vinculadas las Alcavalas, lo que no podia ignorar el dicho Don Geronymo, siempre, que obligò expressamente las rentas no mas, es visto, que como estas, durante la vida del Conde Don Enrique, eran libres, como frutos de Mayorazgo, que posseìa, quiso obligarlas, en virtud de aquella generalidad, que le concediò el dicho Conde, para todos sus bienes libres, siendo esta congetura, la que mas se persuade, como mas arreglada, à lo que debiò, y pudo hacer, y que convence la instancia de Don Francisco de Cervantes, à quien en todo acontecimiento le obstan, aun las mismas authoridades, que le ha parecido estar à su favor, y discursos multiplicados, que con ellas ha hecho.

80. Por

80. Por cuyos fundamentos, y otros, que se deducen del pleyto, cuya expresion, por excusar mayor dilacion, se omiten, espera la Parte del Estado favorable determinacion, confirmandose por VS. en grado de revista, su auto de vista. S. I. O. T. S. S. D. C. cujus sub auspiciis hæc libentissimè cedimus. Hispali duodecimo Kalendas Martii anno Domini M.DCCXLIII.

Lic. Don Juan Joseph de Padilla Velazquez.